

## EDJ 2007/159300

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 25-9-2007, nº 755/2007, rec. 279/2007

Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel

### Resumen

*Se desestima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito de prevaricación. Señala el Tribunal que la decisión del recurrente consistió en ordenar el pago del importe del ordenador, lo que determinó que se hiciera efectivo. El efecto de su decisión fue, asimismo, sustraer al conocimiento del pleno una decisión que legalmente le correspondía, con lo cual suprimió ilegalmente cualquier posibilidad de control acerca de la cuestión.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.4.4 , art.21.4 , art.21.5 , art.21.6 , art.66.1 , art.404

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

art.53.1 , art.62 , art.63.2

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.24.2

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	6
FALLO .....	10

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

##### PREVARICACIÓN

Cuestiones generales

Bien jurídico protegido

Sujeto activo

Funcionario público

A sabiendas

Maliciosamente

Dolo

#### DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

##### DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES

Proceso público sin dilaciones indebidas

Inexistencia de violación del derecho

#### PROCESO PENAL

##### PRUEBA

Medios

Prueba documental

Documentos a efectos casacionales

Demostrativos de la equivocación del juzgador

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusado

Procedimiento: Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.4.4, art.21.4, art.21.5, art.21.6, art.66.1, art.404 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.53.1, art.62, art.63 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Aplica art.24.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.194 de Ley 39/1988 de 28 diciembre 1988. Haciendas Locales

Cita art.6.1 de Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Cita art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.849.1, art.849.2 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

## Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Guipúzcoa de 15 enero 2007 (J2007/26325)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 19 diciembre 2007 (J2007/373739)

Citada en el mismo sentido por ATSJ Valencia de 21 mayo 2008 (J2008/111822)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 27 mayo 2008 (J2008/158816)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 19 noviembre 2008 (J2008/234539)

Citada en el mismo sentido por SAP Baleares de 23 mayo 2008 (J2008/244483)

Citada en el mismo sentido por AAP Las Palmas de 31 julio 2008 (J2008/301304)

Citada en el mismo sentido por AAP Las Palmas de 31 julio 2008 (J2008/301313)

Citada en el mismo sentido por AAP Las Palmas de 26 septiembre 2008 (J2008/301386)

Citada en el mismo sentido por SAP La Rioja de 20 noviembre 2008 (J2008/306807)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 7 julio 2008 (J2008/331534)

Citada en el mismo sentido por SAP Cantabria de 20 abril 2009 (J2009/108645)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 30 abril 2009 (J2009/147600)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 27 mayo 2009 (J2009/148003)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 septiembre 2009 (J2009/274325)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 12 noviembre 2009 (J2009/348874)

Citada en el mismo sentido por AAP Madrid de 26 marzo 2009 (J2009/77718)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 13 febrero 2009 (J2009/79142)

Citada en el mismo sentido por SJdo. Penal de 4 junio 2009 (J2009/91802)

Citada en el mismo sentido por SAP La Coruña de 22 junio 2010 (J2010/186474)

Citada en el mismo sentido por ATS Sala 2ª de 30 septiembre 2010 (J2010/195045)

Citada en el mismo sentido por SAP Zaragoza de 13 abril 2010 (J2010/230677)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 4 junio 2010 (J2010/275821)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 marzo 2010 (J2010/276056)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 20 mayo 2010 (J2010/277257)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 8 abril 2010 (J2010/277315)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 5 mayo 2010 (J2010/277356)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 29 abril 2010 (J2010/277358)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 junio 2010 (J2010/277455)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 15 abril 2010 (J2010/277544)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de Tenerife de 21 junio 2010 (J2010/277548)

Citada en el mismo sentido por AAP Sevilla de 17 septiembre 2010 (J2010/332781)

Citada en el mismo sentido por SAP Málaga de 20 octubre 2010 (J2010/347191)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 4 febrero 2010 (J2010/5742)

Citada en el mismo sentido por SAP Guadalajara de 20 mayo 2011 (J2011/113304)

Citada en el mismo sentido por STSJ Valencia Sala de lo Penal de 24 octubre 2011 (J2011/230935)

Citada en el mismo sentido por SAP Cáceres de 7 diciembre 2011 (J2011/300649)

Citada en el mismo sentido por ATSJ Madrid de 20 junio 2011 (J2011/353926)

Citada en el mismo sentido por ATSJ Valencia de 17 noviembre 2011 (J2011/374174)

Citada en el mismo sentido por ATSJ Valencia de 26 enero 2012 (J2012/118644)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 5 marzo 2012 (J2012/127145)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 29 junio 2012 (J2012/139665)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 27 febrero 2012 (J2012/17095)

Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 23 marzo 2012 (J2012/69886)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 junio 2006 (J2006/98762)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Dolo STS Sala 2ª de 8 junio 2006 (J2006/94060)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 19 febrero 2006 (J2006/29228)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 4 diciembre 2003 (J2003/209393)

Cita en el mismo sentido STEDH de 28 octubre 2003 (J2003/127368)  
Cita en el mismo sentido STEDH de 28 octubre 2003 (J2003/127367)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 2 abril 2003 (J2003/25339)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 5 marzo 2003 (J2003/6590)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 23 septiembre 2002 (J2002/35937)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 31 mayo 2002 (J2002/19588)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 17 mayo 2002 (J2002/16913)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 25 enero 2002 (J2002/1475)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 10 diciembre 2001 (J2001/55046)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 12 diciembre 2001 (J2001/49187)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 23 octubre 2000 (J2000/44193)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 21 diciembre 1999 (J1999/45300)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 18 mayo 1999 (J1999/7983)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 23 mayo 1998 (J1998/3923)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 1 abril 1996 (J1996/3672)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 20 abril 1995 (J1995/2783)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 10 mayo 1993 (J1993/4385)  
Cita en el mismo sentido sobre DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS - PREVARICACIÓN - Cuestiones generales - Bien jurídico protegido STS Sala 2ª de 16 mayo 1992 (J1992/4828)

En la Villa de Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil siete.

En el recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, que ante Nos pende, interpuesto por Jaime y Antonio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzcoa (Sección Primera), con fecha quince de enero de dos mil siete EDJ 2007/26325, en causa seguida contra los mismos por un delito de prevaricación, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, siendo parte recurrente los acusados Jaime y Antonio representados por el Procurador D. Javier Cuevas Rivas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número tres de los de Tolosa, incoó Procedimiento Abreviado con el número 55/2.004 contra Jaime y Antonio, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipuzcoa (Sección Primera) que, con fecha quince de enero de dos mil siete, dictó sentencia EDJ 2007/26325 que contiene los siguientes hechos probados:

"Primero.- El Pleno del Ayuntamiento de Andoain, en sesión ordinaria celebrada el día 30-3-1997, adoptó el Acuerdo 23º mediante el que aprobó la organización de funciones de la Comisión de Derechos Humanos de los presos creada por el Pleno Municipal en sesión de fecha 28-6-1996, conforme al siguiente detalle:

a) Funciones:

1º Analizar la situación de todos los presos andoaindarras con el fin de que se respeten sus derechos, y realizar seguimiento en cada caso.

b) Organización:

1ª Adscribir esta Comisión, en aras a su organización, al Departamento de Bienestar Social.

3ª La Comisión estará creada por las representaciones de los partidos de la corporación, midiéndose la representación de cada partido conforme a la que se posee en el Pleno.

4ª Esta Comisión, al igual que el resto de las Comisiones, será abierta, y se cree conveniente la participación de representantes y familiares de presos.

5ª Será necesaria la intervención de un administrativo o trabajador municipal, para que recoja las propuestas y acuerdos realizados en el seno de la Comisión.

6ª En los presupuestos del Departamento de Bienestar Social se abrirá una partida nominativa y cerrada, siendo necesaria la aprobación del encargado de la Comisión para realizar cualquier gasto de ella.

7ª Dicha partida será:

7.1. Para hacer frente a los problemas derivados de la vulneración de los derechos humanos de los presos, es decir: -Para ayudar a los familiares de presos que se encuentran fuera de Euskal Herria.- Para ayudar a presos en situación de indigencia.- (Estas ayudas se realizarán mediante convocatoria).

7.2. Para realizar seguimiento de la situación de los presos, y para emitir los informes y ayudas que esta Comisión considere.

8ª Esta partida recibirá el mismo tratamiento que recibe cualquier otra en el Ayuntamiento, tanto a la hora de ejecutarla como, en adelante, realizar nuevos presupuestos".- El Pleno del Ayuntamiento de Andoain, en sesión ordinaria celebrada el día 30-12-1999, adoptó el Acuerdo 8º cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.- Modificar el punto 7.1 del apartado b) de Organización, sustituyendo "Para ayudar a los familiares de presos que se encuentran fuera de Euskal Herria" por "Para ayudar a los familiares y amigos de presos que se encuentran fuera de Euskal Herria, siempre que se respete el número de visitas acordado.

2.- Con las cantidades establecidas en la Comisión de Derechos Humanos de los Presos el 10.10.97, aprobar el gasto de los viajes ocasionados por las visitas a presos, conforme a dos visitas al mes, y en el caso de Aritz... conforme a dos visitas y un vis-a-vis al mes, con cargo a la partida presupuestaria núm. 10400-480-460-00-01".

Segundo.- En aplicación del mencionado Acuerdo, el Ayuntamiento de Andoain sufragó con regularidad gastos de viajes realizados por familiares y amigos de presos de la localidad, para visitar a éstos.

Tercero.- Por Resolución de Alcaldía de fecha 14-3-2002 fue nombrada Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de los Presos la Concejala Blanca y por comunicación presentada ante el Ayuntamiento de Andoain de fecha 10-12-1999 formaba parte de la misma como vocal el concejal Javier.- La Comisión de Derechos Humanos de los Presos fue convocada para el día 19 de mayo de 2003, asistiendo a ella la presidente Sra. Blanca y familiares de presos, no haciéndolo el concejal Sr. Javier. Pese a no existir acta de la reunión, en ésta se acordó proponer al Ayuntamiento que abonara los gastos para la compra de un ordenador para el preso andoainarra Esteban, que se encontraba internado en la prisión francesa de Fleury Merogis (París), así como 2.560 euros a "Autocares U., S.L.", correspondientes a los gastos de los autobuses organizados para asistir a los juicios que se iban a celebrar en la Audiencia Nacional de Madrid contra los presos y vecinos de Andoain Alejandro y José Pablo.- La Presidenta de la Comisión trasladó dicho acuerdo al Presidente-Concejal Delegado de la Comisión de Servicios Sociales, al aquí acusado Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales y se dio traslado del mismo a la Interventora Interina del Ayuntamiento de Andoain Sonia.

Cuarto.- Ésta realizó el día 20-5-2003 un Informe de fiscalización del gasto y existencia de crédito presupuestario respecto al asunto del Ordenador para el preso andoainarra Esteban y el presupuesto de "Autocares U., S.L." para ir a Madrid, en el que indica: "Legislación Aplicable: Arts. 194 y siguientes de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales EDL 1988/14026 .- Informe: Que en el presupuesto vigente a la fecha de hoy..., no existe consignación presupuestaria para los gastos que se mencionan en la propuesta realizada por la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos.- Siendo además, que la imputación de los gastos que se proponen contraer con cargo a la partida 1.0400.480.469.00.01 "Comisión de Derechos Humanos" no es la correcta. El destino de esa partida debe ser el establecido en acuerdo 23 adoptado por el Pleno Municipal, en la sesión celebrada el día 20 de marzo de 1997, modificado posteriormente el 30 de diciembre de 1999 en el punto octavo.- Por lo tanto y conforme a la normativa aplicable, su aprobación constituye un acto nulo de pleno derecho.- En relación con el órgano competente para resolver las discrepancias planteadas (basándose el reparo de Intervención en la insuficiencia de crédito para los gastos propuestos) concluir diciendo que conforme al art. 198 de la LRHL ésta corresponderá al Pleno Municipal...".

Quinto.- El saldo disponible de la partida presupuestaria número 1.0400.480.469.00.01 del Presupuesto Municipal de 2003 correspondiente a la Comisión de Derechos Humanos de los presos en los días 20 y 21 de mayo de 2003 era de 15.458,98 euros, de un presupuesto definitivo de 21.035,42 euros.

Sexto.- El acusado Antonio, en su condición de Concejal Delegado de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Andoain, dictó el día 21-5-2003 la Resolución 224/2003, con el contenido que se expone a continuación, pese a tener conocimiento del reparo de intervención formulado, así como de que, a consecuencia del mismo, la competencia para aprobar el gasto y acordar su realización, no le correspondía a él, sino al Pleno de la Corporación: "Vista la factura presentada por la familia de Esteban, vecino de Andoain, preso en situación de aislamiento en la cárcel de Fleury Merogis de Francia, para la compra de un ordenador, por un importe de 2.057,72 euros al objeto de atenuar la situación de incomunicación de sufre.- Vistos los presupuestos que ha presentado "Autocares U., S.L.", correspondientes a los gastos de los autobuses que se han organizado para asistir a los juicios que se van a celebrar en la Audiencia Nacional de Madrid contra los presos y vecinos de Andoain Alejandro y José Pablo... y que ascienden a 2.560 euros.... Visto el informe emitido por el interventor el 20 de mayo de 2003, donde se manifiesta que no existe consignación dentro del presupuesto municipal y que los gastos mencionados quedan al margen de los objetivos aprobados por la Corporación,.... Resuelvo:

1.- Aprobar el gasto por importe de..... (4.617), a cargo de la partida presupuestaria núm. 1040048046690001 de este Ayuntamiento, para el abono de la compra de un ordenador al preso y vecino de Andoain Esteban, y para hacer frente a los gastos de los autobuses que se han organizado para asistir a los juicios que se van a celebrar en la Audiencia Nacional de Madrid contra los presos y vecino de Andoain Alejandro y José Pablo...

2.- Efectuar los pagos a la presentación de las facturas.

3.- Notificar la presente resolución a los interesados y al departamento de intervención".- Dicha Resolución tuvo entrada en la Secretaría Municipal el mismo día de su fecha.

Séptimo.- El acusado Jaime, mayor de edad y sin antecedentes penales, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Andoain ordenó el mismo día 21-5-2003 el pago de la cantidad de 2.057,72 euros, para la compra de dicho ordenador, con cargo a la Partida 1.0400.480.469.00.01 del presupuesto municipal, correspondiente a la Comisión de Derechos Humanos de los presos, pese a tener conocimiento del reparo de intervención formulado a la Resolución 224/2003 dictada por el co- acusado y de que, a consecuencia de este reparo, la competencia para aprobar dicho gasto y su realización no correspondía al concejal-delegado Sr. Antonio, sino al Pleno, que sabía que no se había celebrado. Como consecuencia de el mencionado mandamiento, se realizó el pago que ordenaba.- No ha resultado acreditado que el acusado Sr. Jaime ocultara la actuación que él mismo y el resto de intervinientes realizaron en relación al presente tema.

Octavo.- El día 25 de mayo de 2003 se celebraron elecciones municipales, a raíz de las cuales, en sesión constitutiva celebrada con fecha 14 de junio de 2003, fue proclamado Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Andoain Gustavo, dejando de ocupar dicho cargo el aquí acusado Sr. Jaime.

Noveno.- El Ayuntamiento de Andoain ordenó el día 17-6-2003 el pago de la cantidad de 2.560 euros a "Autocares U., S.L." por gastos de dos traslados en autocar a Madrid a los juicios celebrados contra Alejandro el día 26-5-2003 y contra José Pablo el 4-6-2003, ante la presentación por "Autocares U., S.L." de sendas facturas fechadas el día 6-6-2003. El mismo día 17-6-2003 se realizó dicho abono.- Tampoco ha resultado acreditado que el acusado Sr. Jaime ocultara la actuación que él mismo y el resto de intervinientes realizaron en relación al presente tema.

Décimo.- El Pleno del Ayuntamiento de Andoain, en sesión ordinaria celebrada el día 23-10-2003 adoptó, el Acuerdo 11º: Dar cuenta de las resoluciones de Concejal/a-Delegado-a, desde la núm.. 195/2003 a la núm. 404/2003 - incluyendo, por tanto, la 224/2003, que hemos mencionado anteriormente, dictada por el acusado Sr. Antonio -dando cuenta el Sr. Alcalde de tales resoluciones, si bien previamente a la celebración del Pleno se tiene conocimiento del conocimiento de las mismas, dándose por enterado el Pleno de la Corporación.

Undécimo.- Los aquí acusados realizaron el día 23-2-2006 un ingreso en la cuenta del Ayuntamiento de Andoain abierta en la entidad "Caja K." por importe de 2.057,72 euros, coincidente con el pago realizado para la compra del ordenador mencionado. A consecuencia de ello, el Ayuntamiento de Andoain renunció a las acciones que le correspondían en la presente causa.

Duodécimo.- Los aquí acusados realizaron el día 20-11-2006 un ingreso en la cuenta del Ayuntamiento de Andoain abierta en la entidad "Caja K." por importe de 2.560 euros, cifra a la que ascendía el reintegro de los abonos efectuados por el Ayuntamiento de Andoain el día 17-6-2003 a "Autocares U., S.L." por gastos de traslados en autocar a Madrid a los juicios celebrados contra Alejandro el día 26-5-2003 y José Pablo el 4-6-2003." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

1º Condenamos a Jaime, como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal EDL 1995/16398 , con la atenuante de reparación del daño, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años y al pago de una cuarta parte de las costas devengadas en el proceso.

2º Absolvemos a dicho acusado del delito de malversación de caudales públicos del que fue acusado y declaramos de oficio una cuarta parte de las costas causadas en el proceso.

3º Condenamos a Antonio, como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal EDL 1995/16398 , con la atenuante de reparación del daño, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años y al pago de una cuarta parte de las costas devengadas en el proceso.

4º.- Absolvemos a dicho acusado del delito de malversación de caudales públicos del que fue acusado y declaramos de oficio una cuarta parte de las costas causadas en el proceso." (sic)

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, por la representación de Jaime y Antonio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de los recurrentes Jaime y Antonio se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por cuanto que, dados los hechos que declara probados, la sentencia infringe el artículo 404 del Código Penal EDL 1995/16398 por aplicación indebida.

2.- Por infracción de Ley, por el cauce procesal del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , al infringir la Sentencia el artículo 21.6 del Código Penal de 1995 EDL 1995/16398 . La sentencia incurre en la infracción alegada, al no estimar la concurrencia de la atenuante analógica de dilación indebida en el proceso.

3.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por cuanto que, dados los hechos que declaran probados, la sentencia infringe el artículo 21.5º y el artículo 66.1.2º y 1º del Código Penal EDL 1995/16398 al estimar que la circunstancia atenuante concurre, en la conducta de los acusados, con el carácter de atenuante simple o común, siendo la actividad reparadora de los acusados reviste caracteres e intensidad que le hacen merecer la consideración de atenuante cualificada.

4.- Por infracción de Ley, por el cauce procesal del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , basado en documentación que obra en autos y que demuestra la equivocación del Juzgador en la apreciación de la prueba, sin resultar contradicha por otros elementos probatorios.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró el día dieciocho de septiembre de dos mil siete.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ambos recurrentes han sido condenados como autores de un delito de prevaricación con la atenuante de reparación del daño a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público. En el primer motivo de su recurso de casación contra la sentencia de instancia, sostienen, en razonamientos separados, que no concurren, en ninguno de los dos casos, los requisitos que el artículo 404 del Código Penal EDL 1995/16398 exige para apreciar el delito de prevaricación.

Respecto del acusado Antonio, alega que agotó su acción al dictar la resolución 224/2003, en la que acordaba el pago de las cantidades a que se refieren los hechos probados relativos al importe de la adquisición de un ordenador para una persona que se encontraba en Francia en situación de prisión y de las cantidades facturadas por una empresa de transportes por los viajes realizados para asistir al juicio oral de otras dos personas en Madrid, sostiene que tal resolución se ajustaba a la ley, pues la propia sentencia recoge en el FJ 5º que se trataba de gastos comprendidos en las previsiones de las finalidades de la Comisión de Derechos Humanos de los presos creada por acuerdo municipal de 28-6-1996; que las causas alegadas en el informe de la interventora incurren en error manifiesto y en inveracidad, pues sí existía consignación presupuestaria; y que era competente para dictar la resolución mencionada. En definitiva, sostiene que una vez formulado el reparo por la interventora, el dictado de la resolución es una forma de hacer patente la disconformidad del órgano inicialmente competente con tal reparo, dando entonces lugar al procedimiento que correspondiera para resolver el conflicto generado. Y que dados los aspectos antes mencionados, su actuación estuvo presidida por el convencimiento de que su contenido se ajustaba a la ley.

En relación al acusado Jaime su conducta consistió en ordenar el pago de la cantidad correspondiente al importe del ordenador (2.057,72 euros) pese a tener conocimiento del reparo de intervención. Nada se dice acerca de que participara en el pago de la otra cantidad relativa a los gastos originados por los viajes entres referidos. Este segundo pago fue ordenado por la nueva corporación municipal, sin que haya tenido secuela penal. Sostiene, en consecuencia, que ambos actos deberían ser valorados de igual forma.

Admite que no acordó la suspensión del expediente una vez conocido el reparo de intervención, pero entiende que no tiene relevancia penal dado que la decisión se ajustaba a la ley y que las causas alegadas en el reparo eran inveraces, pues se referían a insuficiencia del crédito, cuando la propia sentencia reconoce que había crédito bastante en la correspondiente partida presupuestaria. Asimismo resalta una vez más que sin celebración del Pleno del Ayuntamiento se acordó el pago de esta cantidad comprendida en la resolución dictada por el otro acusado, y además, que elevada la cuestión al Pleno hubo aquietamiento por parte del mismo.

1. El delito de prevaricación administrativa viene definido en el artículo 404 del Código Penal EDL 1995/16398 que sanciona "a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".

Por lo tanto, se sancionan penalmente conductas realizadas por quienes forman parte de los órganos administrativos, con capacidad resolutoria, y dentro del ámbito propio de funcionamiento de la Administración Pública.

Debemos recordar aquí lo que se decía en la STS núm. 331/2003, de 5 de marzo EDJ 2003/6590 recogido luego en la STS núm. 1658/2003, de 4 de diciembre EDJ 2003/209393 . Como se decía en la STS núm. 1015/2002, de 31 de mayo EDJ 2002/19588 , el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 EDJ 1999/45300 y 12 de diciembre de 2001 EDJ 2001/49187 , entre otras). La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre EDJ 2000/44193 ), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre EDJ 2001/55046 y STS núm. 76/2002, de 25 de enero EDJ 2002/1475 ).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.

La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. Así, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente EDL 1995/16398 , y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996 EDJ 1996/3672 ), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 EDJ 1992/4828 y

de 20 de abril de 1995 EDJ 1995/2783 ) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo EDJ 1993/4385 ).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 EDL 1995/16398 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución EDL 1978/3879 , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998 EDJ 1998/3923 ; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo EDJ 1999/7983 y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre EDJ 2001/55046 ), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre EDJ 2000/44193 ). En el mismo sentido, la STS núm. 226/2006, de 19 de febrero EDJ 2006/29228 .

2. Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre EDJ 2002/35937 ), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo EDJ 2002/16913 ) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero EDJ 2002/1475 ). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS núm. 627/2006, de 8 de junio EDJ 2006/94060 , en la que se dice que "La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 EDJ 2003/25339 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) EDL 1995/16398 se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 EDJ 2006/98762 , con mayores indicaciones jurisprudenciales)".

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

3. En el caso, la arbitrariedad que el tipo requiere no debe referirse al fondo de la cuestión que, como los recurrentes ponen de manifiesto, ha sido calificado en la propia sentencia impugnada como conforme a Derecho, en tanto que ambos gastos pueden considerarse comprendidos dentro de las finalidades de la Comisión de Derechos Humanos de los Presos.

Sin embargo, como hemos señalado, la arbitrariedad puede apreciarse asimismo en relación a una absoluta falta de competencia o bien a la inobservancia del procedimiento establecido. En ambos casos, las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso, e incluso la atribución de la competencia para resolver a determinados órganos, tienen entre otras funciones la de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre EDJ 2001/55046 ). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre EDL 1992/17271). Sin embargo no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, la STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre EDJ 2001/55046 y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero EDJ 2002/1475 , entre otras, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales. (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo EDJ 2003/6590).

4. El primero de los recurrentes, Antonio, tal como se declara probado, procedió a dictar el día 21 de mayo, pocos días antes de las elecciones municipales, una resolución en la que acordaba aprobar el gasto, efectuar los pagos contra la presentación de las facturas y notificar la decisión a los interesados. Todo ello, a pesar del reparo formulado por la intervención.

Es claro que en el funcionamiento de los municipios, al igual que en otros ámbitos de la actuación administrativa, la presencia de la intervención no tiene un carácter meramente formulario. En el caso, el reparo, fundamentado con claridad suficiente en la inadecuación de la partida presupuestaria en la que se pretendía incluir y en la inexistencia de otra previsión de crédito diferente, producía como efecto que la decisión no correspondía al Concejal, sino al Pleno del Ayuntamiento, donde la labor de control es realizada directamente por los demás Concejales. Por lo tanto, el recurrente no solo dictó una resolución para la que carecía de competencia, sino que además lo hizo privando a quienes debían controlar esa actuación de la posibilidad de ejercer cualquier control sobre la misma en la forma en que viene previsto en la Ley. No puede entenderse, como pretende el recurrente, que la decisión pretendiera poner de manifiesto la disconformidad con el reparo de la intervención, pues nada impedía que así lo hiciera, remitiendo la cuestión al Pleno o al Alcalde para su remisión al Pleno, sin necesidad de adoptar la forma de otra resolución sobre el fondo, y además, en ese caso, resultaría innecesario acordar al mismo tiempo que los pagos se efectuaran contra la presentación de las facturas, dando lugar a su efectividad, como así ocurrió al acordarlo el Alcalde, pues precisamente la remisión al Pleno causaría la suspensión del expediente hasta su resolución por quien tenía competencia para ello.

Tampoco, como se desprende de lo dicho hasta ahora, es decisivo el que el fondo de la cuestión pueda ser considerado conforme a Derecho. El carácter arbitrario de la resolución se deriva de la falta de competencia y de la omisión del procedimiento establecido, en cuanto causan la desaparición de las posibilidades de control por parte del Pleno del Ayuntamiento, al que correspondía finalmente decidir si aceptaba o no el reparo formulado por la intervención en uso de sus legítimas atribuciones, según la ley.

Finalmente, en cuanto al tipo subjetivo, es claro que el recurrente conocía el contenido y las consecuencias del reparo de la intervención, pues incorpora su texto a su propia resolución. No podía ignorar, por lo tanto, que sustraía indebidamente la cuestión del conocimiento del Pleno.

5. En lo que respecta al otro recurrente, Jaime, su decisión consistió en ordenar, el mismo día de la anterior resolución, el pago efectivo del importe del ordenador, lo que determinó que se hiciera efectivo. El efecto de su decisión fue asimismo sustraer al conocimiento del Pleno una decisión que legalmente le correspondía, con lo cual suprimió ilegalmente cualquier posibilidad de control acerca de la cuestión. No se trata, una vez más, de la legalidad del fondo de la decisión, ni tampoco del acierto del reparo de la Intervención municipal, formulado con el contenido antes ya relacionado, sino de la supresión ilícita de las posibilidades de control causada al evitar que interviniera en la decisión el Pleno municipal, lo cual resultaba necesario como consecuencia del referido reparo y tal como en el mismo se explicitaba. El recurrente, Alcalde de la localidad, a pesar del contenido de la resolución, en lugar de proceder a hacerla definitivamente efectiva, debió remitir al Pleno la decisión final. Su conocimiento de la injusticia de la decisión, habida cuenta de sus efectos, se desprende con claridad del contenido del reparo formulado por la Intervención municipal, incorporado a la resolución acordada previamente por el Concejal responsable.

Por otra parte, en nada afecta a la valoración jurídico penal de su decisión el que otros actos de apariencia similar no aparezcan en este proceso.

Consecuentemente, el motivo se desestima en sus distintas alegaciones.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso alega la existencia de dilaciones indebidas que debieron ser apreciadas como atenuante. Fundamentalmente se refiere al tiempo transcurrido desde la interposición de los recursos de reforma y subsidiario de apelación el 8 de noviembre de 2004 hasta la Providencia de 23 de diciembre de 2005, que une a las actuaciones testimonio del Auto resolviendo el segundo recurso.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales EDL 1979/3822, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España EDJ 2003/127367 y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España EDJ 2003/127368, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio EDL 1979/3822 empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas



adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España EDJ 2003/127368 ).

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal EDL 1995/16398 , que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal EDL 1995/16398. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal EDL 1995/16398 .

2. La Audiencia ha reconocido la existencia de retrasos en la parte de la tramitación a la que se refiere principalmente el motivo, y aunque argumenta que la causa reviste un relativo grado de complejidad, concluye que la tramitación no ha sido desproporcionada en lo que se refiere al tiempo invertido que considera dentro de los parámetros normales.

En realidad, el retraso injustificado se reduce al tiempo comprendido entre el auto de 29 de noviembre de 2004, en el que se omitió acordar el traslado a la parte recurrente para que formulara alegaciones y aportara documentación, lo cual no se hizo hasta el 25 de enero de 2005, y en el comprendido entre la resolución del recurso apelación el 31 de octubre de 2005 y la providencia del Juzgado acordando unir el testimonio del Auto resolutorio del mismo de 23 de diciembre del mismo año.

Además, solamente es apreciable el tiempo invertido en subsanar el defecto de tramitación consistente en la ausencia de remisión de los testimonios pertinentes por el Juzgado de instrucción, requiriendo posteriormente la remisión de un nuevo testimonio.

Es evidente que la interposición de los recursos pertinentes, lo que constituye una opción legítima de las partes y concretamente de una defensa efectiva, supone la necesidad de invertir un plazo de tiempo para su tramitación, estudio, deliberación y resolución.

En el caso no se advierte que haya existido una paralización injustificada, ni que el tiempo empleado en la resolución del recurso haya sido excesivo, dada la complejidad de las cuestiones resueltas.

Consiguientemente el motivo se desestima.

TERCERO.- En el motivo tercero sostiene que la atenuante de reparación del daño debió apreciarse como muy cualificada. Alega que, tal como se recoge en el hecho probado, en fechas 23 de febrero y 20 de noviembre realizaron dos ingresos por el importe total de las cantidades a las que se refieren los pagos efectuados. Argumenta que además, el segundo ingreso se efectuó el día antes de que el Ministerio Fiscal incluyera esa cantidad en sus conclusiones definitivas, pues en las provisionales no se contemplaba el gasto relativo al pago de los viajes a Madrid para asistir a la celebración de determinados juicios.

En el motivo cuarto denuncia error en la apreciación de la prueba al amparo del artículo 849.2º de la LECrim EDL 1882/1 , designando como documentos los obrantes a los folios que señala, que acreditan que el recurrente Antonio tiene como únicos bienes el subsidio del INEM por importe de 345,38 o de 368,40 euros, y el recurrente Jaime un vehículo turismo matriculado en 1994 y emolumentos como agente comercial con una base anual bruta de 30.286,04 euros, de donde se deduciría el esfuerzo económico que han debido hacer para abonar las referidas cantidades.

1. El Tribunal ha apreciado la atenuante de reparación del daño como atenuante simple. Es evidente que no ha encontrado ningún obstáculo derivado de las fechas de las entregas de dinero, especialmente de la última. La cuestión se limita, pues, a la entidad del esfuerzo reparador, que ha de ser superior a lo normal para que pueda dar lugar a una atenuante muy cualificada, pues como ha señalado esta Sala, ese carácter solo puede apreciarse cuando la razón de la atenuación concorra con una especial intensidad.

2. En cuanto al error los requisitos exigidos por la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal.

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. En el caso, los documentos no demuestran el error del juzgador, pues además de los designados, al folio 200, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, consta una base imponible del recurrente Antonio por importe de 46.397,06 euros. Ha de tenerse en cuenta que la cantidad total abonada por ambos recurrentes asciende a 4.617,72 euros, lo cual puesto en relación con la base declarada por Jaime que asciende a 30.386 euros y con la mencionada que consta al folio 200 respecto de Antonio, la entrega de la cantidad reclamada no supone un esfuerzo económico de tanta relevancia como para justificar por sí mismo la aplicación de la atenuante como muy cualificada.

Por lo tanto, ambos motivos se desestiman.

CUARTO.- En el quinto y último motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim EDL 1882/1 , denuncia la infracción de los artículos 66.1.2ª EDL 1995/16398 por inaplicación y el artículo 66.1.1ª EDL 1995/16398 por aplicación indebida, para el caso de que los anteriores motivos fueran estimados.

1. Habiendo sido desestimados en su integridad los anteriores motivos, este debe decaer.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, interpuesto por la representación de Jaime y Antonio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzcoa (Sección Primera) EDJ 2007/26325 , con fecha quince de enero de dos mil siete, en causa seguida contra los mismos por un delito de prevaricación.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Siro Francisco García Pérez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012007100734